freie Eigenthum der donatio pr. n. ganz oder zum Theil ausbedungen hätte, so würde darin nichts weiter liegen, als was auch ohnehin keinem Zweifel unterworfen seyn könnte; denn der Grund der Ausschließung wäre dann nur, daß die Wittwe nun eigenes Vermögen besäße. Schließt dagegen Justinian die Wittwe auch schon dann aus, wenn sie bloß ihren gesetzlichen Ususfructus an der donatio pr. n. hat, wie nach der obigen Ausführung gewiß seyn dürfte, so finden wir darin das Princip anerkannt, daß eine Wittwe um als arm gelten, und deshalb ihren Mann beerben zu können, nicht nur kein eigenes Vermögen, sondern überhaupt auch keine anderweitige Wittwenversorgung, versteht sich keine einigermaßen angemessene, haben muß, so daß also auch eine Wittwenpension und dergleichen mehr, der Succession als arme Wittwe entgegen stehen kann. Dies kann freilich unter Umständen hart seyn, aber mir ist auch ein Fall bekannt, in welchem die Anwendung einer entgegengesetzten Ansicht, ein in mehrfacher Beziehung noch schlimmeres und härteres Resultat gehabt hat.

XI.

Beitrag zur Begründung eines allgemeinen Grundsatzes für die Berechnung der Appellationssumme nach gemeinem deutschen Prozeßrechte, und Anwendung desselben auf die Frage: inwiefern der Prozeßkosten wegen Rechtsmittel zulässig sind.

Von Herrn Professor Dr. J. T. B. Linde zu Gießen.

§. 1.

Die Grundsätze über die Beschränkungen beim Gebrauche der Rechtsmittel, sind bekanntlich zum größten Theile aus dem römischen Rechte genommen; die Lehre selbst jedoch durch das

canonische Recht und die deutschen Reichsgesetze theils modifizirt, theils mit neuen Grundsätzen bereichert [1]). Es liegt nun aber in der Natur des Verhältnisses, daß die Ausbildung dieser Lehre, im innigsten Zusammenhange mit der Gerichtsorganisation und dem Instanzenzuge steht [2]), weßhalb es erklärbar ist, wenn die, zunächst für die Reichsgesetze gegebenen Bestimmungen über die Appellationsbeschränkungen, in ihrer Anwendung auf Territorialgerichte besonders schwierig wurden, und das Verhältniß solcher reichsgesetzlichen Grundsätze zum römischen Rechte oft verkannt worden ist. Dieser Mißstand wurde in Doctrin und Praxis besonders bei der Frage sichtbar: ob und inwiefern der Kosten wegen, zumal devolutive Rechtsmittel Statt finden [3])? Das römische Recht verbreitet sich darüber speziell, die Reichsgesetze zwar nicht ausdrücklich, aber der Fall kann mit Hülfe der allgemeinen Grundsätze, welche sie über den Werth und die Natur des Appellationsgegenstandes in der Lehre von den Beschränkungen der Rechtsmittel aufgestellt haben, entschieden werden. Das canonische Recht aber enthält darüber weder eine ausdrückliche Bestimmung, noch einen allgemeinen Grundsatz, für eine analoge Anwendung. Partikulargesetze [4]) endlich enthalten ent-

1) *Joh. Fuchs* de solemnibus appellationum Kiel. 1675. u. 1705. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß. Bonn 1823. Beitr. III. S. 1. ff.

2) Mein Lehrb. des deutschen gem. Civilproz. §. 343. u. dort Angef.

3) Schon Gönner hat in den Erörterungen über den gem. Proz. S. 245. f. die Frage behandelt: „Wie muß bei den Territorialgerichten die Appellationssumme jährlicher Renten berechnet werden, wenn Landesgesetze dieses nicht entscheiden?“ allein ein durchgreifender Grundsatz für die Berechnung der Appellationssumme überhaupt, findet sich dafür nicht entwickelt.

4) Vergl. darüber überhaupt Mittermaier a. a. O. S. 24. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. Braunschw. 1817. Th. 1. S. 172. Note 7. v. Kamptz Handb. des Mecklenburg. Civil-Proz. Ausg. v. Net-

weder abweichende Vorschriften, oder gar keine, und setzen daher voraus, daß die vorliegende Frage nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu beurtheilen sey. Da nun, wie sich zeigen wird, das römische Recht, und die Reichsgesetze sogar zu einem entgegenstehenden Resultate führen, so ist es für diejenigen Länder, wo die aufgestellte Frage nicht speziell entschieden ist, wichtig zu erörtern; ob die Grundsätze des römischen Rechts oder der Reichsgesetze in der Anwendung die entscheidende Norm liefern.

Wir haben deshalb zuerst kurz die Bestimmungen beider Rechtsquellen hervorzuheben, und sodann das Prinzip zu entwickeln, nach welchem deren Verhältniß zu bestimmen ist, wodurch sich ergiebt, welche Grundsätze als gemeinrechtliche betrachtet werden müssen.

§. 2.

I. Das römische Recht kannte zwar Competenz-Beschränkungen [5]), die von dem Werthe des Streitgegenstandes hergenommen waren; aber eigentliche Appellationsbeschränkungen waren das keineswegs, vielmehr blos beschränkende Bestimmungen bei der Wahl des anzugehenden Gerichts. So wenig der Werth des Streitgegenstandes die Zulässigkeit eines Rechtsmittels bedingte [6]), eben so wenig kam auf die Natur der Forderung etwas an. Man konnte also Rechtsmittel einlegen, sowohl dann, wenn man sich wegen der Entscheidung über die Hauptsache, als auch wegen der über die Ne-

---

telbladt. Berlin 1822. §. 178. S. 362 unter IV. nebst den Noten. Kampts Mecklenb. Rechtssp. B. 1. N. 18. a. E. B. 2 N. 144.

5) Fr. 10. §. 1. de appellat. 49. 1. Fr. 11. §. 1. de iurisdict. 7. 62. G. P. v. Bülow a. a. O. B. 2. H. 1. S. 200. Glück Comment. d. Pand. III. S. 229. f.

6) Const. 20. Cod. Just. de appellat. 7. 62. cf. Const. 25. C. Theod. eod. 11. 30. — Const. 13. de usuris. 4. 32. „nec provocatio secuta est." Nov. 82. cap. 10.

densache, z. B. Früchte, Zinsen u. s. w. beschwert erachtete. Wegen der Prozeßkosten insbesondere war dem Richter eine amtliche 7) Berücksichtigung vorzugsweise, sogar unter eigener Verantwortlichkeit, eingeschärft. Weil also der Richter in jeder Instanz den Kostenpunkt amtswegen zu beachten hatte, und in einem Falle, wo dem Sieger alles zuerkannt war, und er blos wegen der Entscheidung über den Kostenpunkt sich verletzt glaubte, der Besiegte schon in der Regel Rechtsmittel einlegen würde, so verordnete Justinian (529): wenn der besiegte Theil gegen die, ihn verurtheilende Entscheidung die Berufung ergriffen habe, so sollte der Sieger, der sich blos dadurch verkürzt glaube, daß ihm gar kein, oder zu geringer, Ersatz wegen der Prozeßkosten zuerkannt worden, nicht auch eine selbstständige Berufung einwenden dürfen.

Const. 10, quando provocare non est necesse, VII. 64,

„Omnem honorem salvum iudicibus reservantes, si quando una pars, quasi laesa per definitivam eorum sententiam, provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti, quae vicit, pro hoc tantummodo, quod nihil capere pro sumptibus litis vel detrimentis, vel minus quam opportuerat iussa est, provocationem offerre; cum et ipsa decisionem litis recte factam esse confiteatur: Iudicibus scilicet, sive florentissimis proceribus sacri nostri palatii, sive his

7) Const. 13. §. 6. de iudiciis. 3. 1. „Sive autem alterutera parte absente, sive uteraque praesente lis fuerit decisa: omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit; non ignorantes, quod si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt, et reddere eam parti laesae coartabuntur." Ueber die verschiedenen Ansichten s. Gensler Handb. zu Martin. Aufl. 2. S. 440. f dessen eigene Erklärung jedoch bedeutende Zweifel gegen sich hat.

quibus pro minore litium aestimatione consultationes delegantur, si perspexerint, adjuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione eius, hoc statuentibus, et iustam eorundem sumptuum quantitatem definientibus. Sed nec occasione consultationis introducendae victori provocare concedimus, cum et priscis legibus liceat ei et sine provocationis auxilio eandem consultationem differente suo adversario introducere, et nos ei nihilominus hoc permittimus, iniuriam ex supervacua provocatione iudicibus fieri prohibentes.“

Hieraus geht also hervor: daß eine selbstständige Berufung, blos des Kostenpunktes wegen, nur unter der Voraussetzung untersagt war, wenn der unterliegende Theil ein Rechtsmittel eingewandt hatte; war dieses nicht geschehen, so könnte die Beschwerde des Siegers nicht amtlich gehoben werden, weßhalb in diesem Falle der Sieger auch blos des Kostenpunktes wegen die Appellation ergreifen durfte. Das jetzt s. g. accessorische Adhäriren war übrigens dem Sieger, blos der Kosten wegen gewiß auch dann erlaubt, wenn ihn der Besiegte durch die ergriffene Berufung verhinderte, selbstständig ein Rechtsmittel zu ergreifen [8]; denn die Const. 10. VII. 64. untersagt nur die Ergreifung eines selbstständigen Rechtsmittels; während die jüngere Const. 39. pr. de appellat. VII. 62. (530.) das Adhäriren unbedingt erlaubt. Desgleichen ist auch der Sieger befugt, die vom Besiegten ergriffene Berufung zu betreiben [9].

§. 3.

II. Die Reichsgesetzgebung hatte bis zum Jahre 1521. an diesem Systeme des römischen Rechts nichts geän-

8) Ohne Grund ist dagegen v. Bülow a. a. O. B. 1. S. 170.

9) Const. 10. in f. quando provocare non est necesse. 7. 64. Fr. 79. §. 1. de iud. 5. 1. Nov. 49. cap. 1.

dert. Im Jahre 1521 wurde aber als Regel [10]) festgesetzt: daß die Zulässigkeit der Appellation, außer andern Voraussetzungen, auch durch einen bestimmten Werth des Hauptguts, worauf die Klage gerichtet wäre, bedingt seyn solle. Dieser Werth selbst wurde im Verlaufe der Zeit immer erhöht, und sodann stets gleichzeitig Grundsätze angegeben, nach welchem Maßstabe bei Injuriensachen „auch Oberkeit, Gerechtigkeit, persönlich und feldtdienstbarkeit, ewige unabläßliche güldt, zinß und nutzung, und andere dergl." verfahren werden, und ob und inwiefern es dabei auf die Appellationssumme ankommen solle [11]). Dabei wurde aber immer als Grundsatz festgehalten [12]):

1) die Appellationssumme müsse im klagbar gemachten Hauptgute (Hauptstuhl, Hauptsumme, Hauptgeld, Kapital u. s. w.) liegen [13]) und

2) der Appellant müsse in Beziehung auf dieses Hauptgut wenigstens im Betrage der Appellationssumme beschwert seyn [14]), so daß also zwischen dem Werthe des klagbar gemachten Hauptgutes und dem Werthe der Beschwerde unterschieden wurde [15]).

Die Reichsgesetze haben nun freilich nirgends speziell die Frage entschieden: a) ob die Prozeßkosten zum Hauptstuhl ge-

---

10) C. G. O. v. 1521. Tit. 24. §. 1.

11) C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 4. R. A. v. 1570. §. 66. 67. D. A. v. 1600. §. 14. C. C. G. O. II. 31. §. 6. J. R. A. §. 114. G. Christoph. *Starck* de summa appellabili in deferendis ad summa imperii tribunalia provocationibus rite aestimanda. Giss. 1778. Danz Grundſ. des Reichsgerichtsprozesses. §. 307.

12) Jedoch war schon unter den Cameralschriftstellern hierüber Manches bestritten. Vergl. *Starck* l. c. cap. II.

13) Danz a. a. O. §. 308. u. das. Angef.

14) S. den G. B. v. 1603. im Corp. iur. Cam. a. *Cramer* pag. 564. welcher von der Visitation i. J. 1713. bestätigt worden ist. *Starck* l. c. §. 28. p. 41.

15) G. P. v. Bülow a. a. O. B. 2. H. 1. N. 22.

rechnet werden dürfen, um die Appellationssumme herzustellen? und: b) ob des Kostenpunktes wegen nicht allein schon, wenn sie die Appellationssumme erreichen, die Appellation ergriffen werden könne? allein da immer vorausgesetzt wird, daß der Appellant in Bezug auf die eingeklagte Hauptsumme bis zum Betrage des Werthes der Appellationssumme, sich beschwert erachten muß, so liegt es in diesen allgemeinen Grundsätzen, daß jene Fragen unter a) und b) nach den Reichsgesetzen unbedingt verneinend beantwortet werden müssen [16]).

§. 4.

Da das römische Recht und die Reichsgesetze die aufgeworfene Frage, zufolge der vorhergegangenen Darstellung verschieden beantworten, so ist nun zu erörtern:

III. welche von beiden Theorien in Deutschland, im Mangel von Landesgesetzen, als die gemeinrechtliche, befolgt werden muß? Diese Frage ist um so wichtiger, weil man sich in prozessualischen Werken vergebens nach einer gründlichen Erörterung derselben umsieht, und selbst die Werke, welche ausschließlich von der Appellationssumme handeln, gewöhnlich den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung nicht einmal berühren [17]). Gottfried Philipp von Bülow [18]) hat jedoch in einer besonderen Abhandlung die Be-

---

16) Die Praxis der höchsten R. Gerichte scheint zum Theil andere Grundsätze befolgt zu haben, aber gewiß gegen die Worte und den Geist der Gesetze. Die verschiedenen Meinungen bei *Starck* l. c. §. 36. 37.; dessen Ansicht den Gesetzen gemäß ist.

17) Was selbst in der, sonst ziemlich vollständigen Dissertation von Starck der Fall ist. S. auch Mahler üb. d. Appellat. §. 50. f.

18) Dessen angef. Abh. B. 1. S. 167 — 172. Auch *Brunnemann* Comment. in Cod. L. VII. Tit. 64. ad. L. 10. in f. und *Perez* Com. in Cod. L. VII. T. 64. §. 6. behauptete, daß blos der Kosten wegen appellirt werden könne. Allein deren Ansicht verdient deshalb kaum einer Erwähnung, da beide weder auf die Prinzipien der Appellationssumme, noch auf die Ver-

stimmungen des römischen Rechts über diesen Gegenstand zu erörtern versucht, und als Resultat folgendes aufgestellt:

„Die deutschen Reichsgesetze haben, vielleicht nach einer irrigen Auslegung der Verordnung Justinians, und um die Appellation zu beschränken, den Grundsatz aufgestellt: daß bei Berechnung der Appellationssumme die Kosten nicht in Ansatz kommen sollen. Da jedoch dieses nur in Beziehung auf die Berufung an die vormaligen Reichsgerichte verordnet ist, und überdem ein Verbot der Appellation in Ansehung des Kostenpunkts nicht einmal ausdrückt, so leidet es keinen Zweifel, daß in Deutschland, in Ermangelung besonderer Provinzialgesetze, blos wegen der Kosten nicht nur Rechtsmittel überhaupt, sondern auch besonders Devolutivmittel zugelassen werden müssen, und in dieser Hinsicht keine andere Beschränkung anzunehmen sey, als diejenige, welche aus den römischen Gesetzen hervorgeht.“ Bülow scheint hier vorerst dem Vorwurfe: daß er sich selbst widersprochen, nicht entgehen zu können, wenn er in der angeführten Stelle einmal behauptet; die Reichsgesetze haben den Grundsatz aufgestellt, „daß bei Berechnung der Appellationssumme die Kosten nicht in Ansatz kommen sollen;“ und gleich darauf wieder, „ein Verbot der Appellation in Ansehung des Kostenpunktes sey durch die Reichsgesetze nicht ausgedrückt.“ Wollte Bülow unterscheiden zwischen einer Appellation, die blos des Kostenpunktes wegen, und einer, die wegen dem klagbar gemachten Gegenstande mit Verbindung des Kostenpunktes, ergriffen wird, und behaupten: daß die Reichsgesetze nicht verboten haben, der Kosten allein wegen, zu appelliren, dann steht damit eine Aeußerung desselben Gelehrten an einem anderen Orte [19]) im Widerspruch, wo er

hältnisse der Gerichtsordnungen Rücksicht nehmen, vielmehr nur den Sinn der Const. 10, diesen aber allerdings richtig, darstellen.

19) Die angef. Abh. Bülow's B. 2. S. 201.

behauptet: in dem ältesten Reichsgesetze werde bestimmt, daß der Betrag des „Hauptguts“ die Appellationssumme erreichen müsse, und die späteren Reichsgesetze über diesen Gegenstand haben sich damit begnügt, jenen „Hauptanspruch“ von den Nebenforderungen an Zinsen, Früchten, Interesse und Kosten zu unterscheiden, welche in die Appellationssumme nicht eingerechnet werden sollen. Dadurch gibt Bülow ja selbst zu, daß unter „Hauptgut“ niemals Kosten verstanden werden. Wenn nun die Appellationssumme immer nur auf den Werth des Hauptguts, desjenigen nämlich, was dem Appellanten aberkannt ist, bezogen wird, so folgt doch wohl, daß weder blos der Kosten wegen, wenn sie auch im Betrage die Appellationssumme erreichten, noch dann appellirt werden konnte, wenn das aberkannte Hauptgut und die aberkannten Kosten zusammen, erst die Appellationssumme erreichten.

Aber auch abgesehen von diesem Irrthum in Beziehung auf die Darstellung des wahren Inhalts der Reichsgesetze, liegt der Grund der Unrichtigkeit der Ansicht Bülow's, wornach in Deutschland die Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts über diesen Gegenstand behauptet wird, darin: daß man von der Voraussetzung ausgeht, die Reichsgesetze haben die angeführten Bestimmungen über Appellationssumme nur in Beziehung auf die Berufung an die vormaligen Reichsgerichte vorgeschrieben. Wäre diese Voraussetzung wahr, so würde freilich die Gültigkeit des römischen Rechts keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Allein es wird nicht schwer seyn, das Gegentheil jenes unterstellten Grundsatzes zu beweisen.

Die angeführten reichsgesetzlichen Bestimmungen sind nämlich zwar zunächst für die vormaligen Reichsgerichte gegeben werden; allein bekanntlich hatte man, um in etwa den Zustand der Territorialjustiz zu verbesseren [20]) von Seiten des

20) Gönner Handb. des Proz. I. 2. §. 2.

Reichs festgesetzt, daß die Verordnungen, welche auf die Reichsgerichte Bezug hatten, auch bei den Untergerichten so viel wie möglich beobachtet werden sollten [21]). Die Gültigkeit dieses Grundsatzes ist allgemein anerkannt, und auf ihn stützt sich die Benutzung der bei weitem größten und wichtigsten Anzahl der Reichsgesetze als Quelle für den gemeinen deutschen Civilprozeß. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung wird auch dadurch nicht zweifelhaft, daß die R. G. die Normen des reichskammergerichtlichen Prozesses nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalte bei den Untergerichten beachtet wissen wollten, daß es „dafern bei solchen iudiciis ein anderer modus eingeführt, und bis dahero beständig hergebracht worden, auch dabei sein ohngeendertes Verbleiben haben sollte.“ Denn wollte man diesen Vorbehalt so verstehen, daß die römischen Grundsätze über unsere Frage deshalb vor den reichsgesetzlichen, in allen deutschen Ländern den Vorzug haben müßten, weil das römische Recht, in den deutschen Gerichten schon längstens als ein gültiges Recht in Uebung gewesen wäre, bevor jene reichsgesetzliche Vorschrift erlassen worden, so würde man, mit Hülfe einer solchen Auslegungsregel auch beweisen können, daß kein, dem römischen Rechte derogirender Grundsatz, wenn er nicht ausdrücklich für die Territorien gegeben worden, aus den Reichsgesetzen als Rechtsprinzip genommen werden könnte [22]). Dadurch bewies man aber doch wohl zu viel. Gesteht man aber den Reichsgesetzen subsidiarische Kraft in Deutschland überall zu, wo die Grundsätze einer analogen

21) D. A. v. 1600. §. 15. J. R. A. §. 137. Meine Abh. aus dem g. d. Civilproz. I. S. 151. Falk Jurist. Encyclopädie. Aufl. 2. §. 130. u. §. 121. Bergmann corp. iur. iud. civ. germ. academ. Vorrede. S. VI. Gönner Erört. N. 37. §. 1.

22) Eine richtige Ansicht von dem Verhältnisse der vormaligen Reichsgesetzgebung zur Territorialgesetzgebung spricht dagegen. Falk a. a. O. §. 121.

Anwendung fähig sind, so ist für unseren Gegenstand, in Beziehung auf die Frage: ob die Grundsätze, welche von der Appellationssumme bei den vormaligen Reichsgerichten galten, auch bei den Untergerichten subsidiarische Anwendung haben? zu erörtern: ob das Princip, welches den reichsgesetzlichen Verordnungen über die Berechnung der Appellationssumme zum Grunde liegt, nicht eine analoge Anordnung auch für andere deutsche Gerichte zuläßt. Daß nun

A. die Quantität der Appellationssumme bei den Reichsgerichten nicht auch für die Territorialgerichte den Maßstab liefern kann, versteht sich, wegen der Absurditäten, die aus einer solchen Annahme folgten, von selbst. Dasselbe ist aber

B. nicht auch der Fall rücksichtlich der Anwendung des Prinzipes bei Berechnung jeder, ihrem Betrage nach beliebigen, Appellationssumme. Denn wenn der Staat einmal die Nothwendigkeit mehrerer Instanzen anerkannt, und die Gerichte nach diesem Bedürfnisse organisirt hat, so können alle Beschränkungen, sowohl rücksichtlich der Zahl als auch des Gebrauches, der Instanzen nur aus positiven Gesetzen anerkannt werden. Dasselbe ist auch der Fall bei der Berechnung einer vorgeschriebenen Appellationssumme, und ganz besonders bei der Frage: ob der Kosten wegen Rechtsmittel zulässig seyen?

a. Zwar scheint diese Frage aus allgemeinen Grundsätzen schon gelößt werden zu können, und eine besondere positiv gesetzliche Vorschrift nicht nöthig zu seyn. Denn, will man der Kosten wegen Rechtsmittel zumal devolutive zulassen, so wird davon die Folge seyn:

1) daß der Zweck der Appellationsbeschränkung durch die Appellationssumme in der Regel vereitelt wird, weil nach den gewöhnlichen Erscheinungen schon das erste Verfahren über ein die Appellationssumme nicht erreichendes Prozeßobject, so viel Kosten veranlaßt, daß durch deren Zurechnung zum Gegenstande, welcher in Bezug auf die Hauptforderung aberkannt und Beziehungsweise zuerkannt ist, die Größe der Ap-

pellationssumme meistens herauskommen würde. Die Annahme, daß der Kosten wegen Rechtsmittel zulässig seyen, widerstreitet also dem Geiste derjenigen Justizorganisationen, welche vom Werthe des Gegenstandes hergenommene Beschränkungen des Gebrauchs der Rechtsmittel anerkennen, da solche Gesetzgebungen einen Grundsatz nicht billigen können, wodurch die als wohlthätig anerkannte Folge eines andern Instituts in der Regel gerade zu vereitelt wird.

2) Zu demselben Resultate gelangt man, wenn man davon ausgeht, daß die Kosten eine bloße Folge der Verpflichtung zum Schadensersatze sind. Wenn nämlich nach der Justizorganisation eines Landes, über die Rechtmäßigkeit eines gemachten Anspruches ohne weitere Berufung schon vor dem zuerst angegangenen Gerichte abgeurtheilt werden soll, (z. B. bei einer Forderung unter 20 Gulden konnte nicht appellirt werden), und nun der Beklagte zur Leistung der eingeklagten Forderung und in die Kosten verurtheilt, oder der Beklagte losgesprochen, und der abgewiesene Kläger in die Kosten verurtheilt wird; so scheint ja schon deshalb eine Appellation der Kosten wegen unzulässig, weil der Grundsatz: der Besiegte trägt und ersetzt dem Sieger die Kosten, gesetzlich ausgesprochen ist, dessen Anwendung also allein dadurch bedingt seyn kann, daß der in die Kosten verurtheilte juristisch als der besiegte Theil betrachtet werden muß. Daß er dieses aber in den unterstellten Fällen wirklich ist, folgt daraus, daß die Gesetze das formelle Recht von dem Ausspruche des Einen Richters abhängig gemacht haben. Ein der Kosten wegen ergriffenes Rechtsmittel würde daher, a) insofern davon eine nochmalige Prüfung der Hauptsache vermittelt würde, gegen sich haben, daß die Gesetze die Hauptsache einer wiederholten richterlichen Prüfung nicht unterworfen wissen wollten, durch die Festsetzung einer Appellationssumme dieses ausdrücklich untersagten; b) insofern aber durch das Rechtsmittel blos der Kostenpunkt geprüft werden sollte, würde dasselbe immer als frivol erscheinen, weil die Verpflichtung zum Kostenersatze eine

gesetzlich anerkannte Folge davon ist, daß Jemand juristisch als der betrachtet werden muß [23]).

Wäre diese Argumentation allgemein richtig: so würde daraus folgen; einmal, daß die positiven Gesetze unseren Gegenstand nicht einer besonderen gesetzlichen Bestimmung zu unterwerfen brauchten, sondern die Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen, welche von der Natur und dem Zwecke anderer Einrichtungen hergenommen sind, gelößt werden konnte; aber zweitens auch, daß der Grundsatz der Reichsgesetzgebung auch der gemeinrechtliche sey; dieses jedoch drittens nicht deßhalb weil er aus den Reichsgesetzen hergeholt worden, sondern weil er aus der Natur der Instanzenverhältnisse, der Beschränkung der Rechtsmittel durch die Appellationssumme, und aus den Grundsätzen über die Verpflichtung zum Kostenersatze folgte. Man würde alsdann, um das Prinzip: „daß der Kosten wegen nicht appellirt werden könnte,“ als Rechtsaxiom für das gemeine Prozeßrecht aufstellen zu dürfen, nur noch zu beweisen haben, daß die Grundsätze des römischen Rechts nicht für das entgegengesetzte Prinzip den Ausschlag geben, welcher Beweis ebenfalls geführt werden kann [24]).

B. Dagegen läßt sich gleichwohl nachweisen, daß allgemeine zureichende Grundsätze für alle Fälle, wo die Appellation des Kostenpunktes wegen in Frage kommt, ohne Hülfe eines spezielleren positiv gesetzlichen Prinzipes sich nicht aufstellen lassen. Denn

1) kann man gegen die unter A. 1. gemachte Darstellung nicht ohne Grund die Bedenklichkeit erregen, daß, wenn ein Gesetz nur im Allgemeinen verordnet: die einer wiederholten Prüfung zu unterwerfende Civilprozeßsache, solle einen be-

23) Const. 13. §. 6. de jud. 3. 1. Const. 4. de fruct. 7. 51. Nov. 49. c. 1. Nov. 82. cap. 10. Cap. 4. x. de poenis. 5. 37. R. A. v. 1713. §. 82.

24) S. diese Ausführung unter B. a. Ende.

stimmten Werth haben, ohne anzugeben daß dieser Werth vom Hauptgute hergenommen seyn müsse, es eben so wohl Absicht des Gesetzes seyn kann, alles einrechnen zu wollen, was aberkannt ist und Gegenstand der Beschwerde wird. Dafür spricht schon der Umstand, daß es einem streitenden Theile in der That keinen Unterschied macht, ob er seinem Gegner eine Summe unter dem Namen eines Capitalstücks, oder dem von Zinsen, Prozeßkosten u. dgl. abtragen muß. Waren doch selbst die Cameralschriftsteller, troz der bestimmten und deutlichen Worte der Reichsgesetze, verschiedener Meinung über die Frage; ob die Zinsen bei Berechnung der Appellationssumme in Anschlag kommen [25]? Die Ansicht unter A. 1. kann nur entscheiden, wenn bewiesen wird, daß es unbedingter Wille der Gesetzgebung ist, die dort angegeben Folgen zu verhüten. Leitet man diese Absicht, wie oben geschehen ist, aus dem allgemeinen Zwecke der Appellatiosbeschränkungen her, so kann dagegen erwiedert werden, daß eine solche Argumentation auf einem bittweise angenommenem Grundsatze beruhe, indem es sich bei der gegenwärtigen Untersuchung ja gerade darum handele; ob es der Sinn des positiven Rechtes sey, die Appellationsbeschränkung durch Feststellung einer Appellationssumme so sehr auszudehnen, daß nicht einmal die Kosten beim Werthe der Beschwerde in Anschlag kommen sollten. Solche Gründe würde man um so mehr anerkennen müssen, da selbst neuere Gesetze die Appellationssumme ohne Einschränkung durch Dasjenige berechnen lassen, was der beschwerten Partey aberkannt, und beziehungsweise zu leisten aufgelegt ist [26].

2) Sodann setzt die Richtigkeit der aus allgemeinen Gründen versuchten Folgerung unter A. 2. vor Allem die Richtigkeit der Annahme unter A. 1. voraus, welche eben angegebenen Zweifel gegen sich hat. Außerdem passen aber auch jene

25) *Starck* Diss. cit. §. 28. seq.

26) Herzogl. Braunschweig. Verordn. v. 15. Jan. 1814. §. 2. 3. u. vom 3. Febr. 1814. §. 3.

unter A. 2. entwickelten Grundsätze nicht für die Fälle, wo entweder der Sieger in der Hauptsache, entweder zur Tragung aller oder doch eines Theils der Prozeßkosten verurtheilt, oder auf Vergleichung und gegenseitige Aufhebung erkannt ist. Auch solche Entscheidungen des Kostenpunktes können nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung vorkommen [27]), wo die factischen Voraussetzungen nicht so einfach sind, als dann, wenn der Besiegte unbedingt in alle Kosten verurtheilt wird. Aber selbst in diesem Falle ist die Begründung einer, von der Entscheidung des Kostenpunktes hergenommenen Beschwerde immer gut denkbar, weil, wie eben bemerkt worden, der Grundsatz daß der Besiegte die Kosten zu tragen haben, nicht allgemein ist, wodurch die unter A. 2. entwickelten Grundsätze also selbst für die dort angegebenen Fälle zweifelhaft werden.

Wenn aus dem Dargestellten hervorgeht, daß die Grundsätze über die **Berechnung** der Appellationssumme nicht allein aus der Vorschrift, welche ohne alle weitere Bestimmung, blos deren Größe vorschreibt, erkannt werden können, vielmehr hierzu eine speziellere positive Bestimmung nothwendig ist; so muß wegen der Gültigkeit der reichsgesetzlichen Normen für die Territorien, in Fällen wo die Anwendung möglich ist, und Landesgesetze der im Fragefalle anzuwendenden Regel nicht widersprechen, behauptet werden. Denn nur der Betrag, die **Größe** der Appellationssumme, nicht aber auch die **Berechnungsart** paßte ausschließlich für die vormaligen Reichsgerichte. Die Berechnungsart ist deshalb auch früher theils ausdrücklich in Landesgesetzen auf dieselbe Art, wie bei den Reichsgerichten vorgeschrieben [28]), theils das

---

27) S. Note 23. und **mein** Lehrb. des Civilproz. §. 96. Note 7.

28) S. z. B. **Landgräfl. Hess. Darmstädt.** Prozeßordn. v. 1724. Th. I. Tit. 7. §. 1. Th. II. Tit. 7. §. 2. wo gesagt wird, daß die Appellationssumme „Capitaliter“ oder „Hauptsummlich, und also ohne Beirechnung der Interessen“ vorhanden seyn müsse.

Prinzip der letzteren auch ohne landesgesetzliche Billigung angewendet worden. Daher gilt für das gemeine deutsche Prozeßrecht der Grundsatz:

„Die Größe der Appellationssumme ist immer aus den Prozeß-Ordnungen der einzelnen Länder, die Grundsätze für deren Berechnung aber sind dann aus den Reichsgesetzen zu entnehmen wenn die Landesgesetze darüber nichts Anderes festgesetzt haben."

Bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die besondere Frage: ob die Prozeßkosten zur Appellatiossumme zugerechnet, und ob nicht wegen dieser allein Rechtsmittel ergriffen werden können? konnte noch der Zweifel erregt werden: ob nicht deswegen für diesen Fall die Zulässigkeit der Rechtsmittel, zugegeben werden müsse, weil sie das römische Recht nach Const. ult. quando prov. non est necesse gestatte, und diese spezielle Vorschrift durch das generelle reichsgesetzliche Prinzip nicht aufgehoben werde. Allein dieser Zweifel ist deshalb unbegründet, weil der Grundsatz, daß man der Kosten wegen Rechtsmittel ergreifen dürfe, weder in der Const. ult cit. ausdrücklich ausgesprochen ist, noch, wenn man ihn auch richtig durch ein argumentum a contrario aus jener Constitution herleiten kann, derselbe auf einer speziellen gesetzlichen Vorschrift beruht, vielmehr eine Anwendung der allgemeinen, durch keine Qualität und keinen Werth des Objects des Streitgegenstandes beschränkten, Appellatiosfreiheit war. Das Spe-

---

Die neueste Hess. Ober-Appellat.-Gerichts-Ordnung v. 5. Aug. 1804. §. 1. verordnet gleichfalls, „daß Zinsen und Nutzungen in die Oberappellations-Gerichtssumme nicht eingerechnet werden sollen, außer wenn sie für sich den Gegenstand der „Beschwerde" ausmachen, und die Appellationssumme erreichen." Die Praxis setzt dabei voraus, daß der Gegenstand der Beschwerde zugleich Gegenstand der Klage war. Vergl. auch Verord. v. 18. Jan. 1807. Reg. Blatt N. 14. S. 41.

zielle in jener Constitution ist blos die Vorschrift, daß der Sieger in der Hauptsache, der Kosten wegen nicht appelliren könne, wenn der besiegte Theil die Appellation in der Hauptsache ergriffen hatte. Dieser Grundsatz hat aber eben dadurch, daß gemeinrechtlich der Kosten wegen gar nicht mehr appellirt werden soll, sein Interesse verloren und kann nur in jenen Ländern wichtig werden, wo man der Prozeßkosten allein wegen, Appellation gestattet.

§. 5.

Der, bei Berechnung der Appellationssumme zu befolgende Grundsatz, gilt für alle Fälle sowohl devolutiver Rechtsmittel, wofern die Zulässigkeit durch einen Werth der Beschwerde bedingt ist. Nur versteht sich von selbst, daß wenn Landesgesetze besondere Normen für die Berechnung der Appellationssumme ausgesprochen haben; und es sich um die Berechnung des Beschwerde-Werthes bei anderen devolutiven oder nicht devolutiven Rechtsmitteln handelte, alsdann für diese Fälle jene landesgesetzlichen, und nicht die reichsgesetzlichen Grundsätze zur Anwendung kommen.

Die dogmatischen Rechtssätze, welche vermöge des aufgestellten Grundsatzes, als gemeinrechtliche aufgestellt werden können, sind aus den Reichsgesetzen leicht zu entwickeln [29]; nur sind zu dem Zwecke freilich die schon zur Zeit der vormaligen Reichsgerichte entstandenen Controversen vorerst zu beseitigen. Die große Anzahl dieser mag für den Verfasser neuer Gesetzbücher ein Wink seyn, bei Feststellung der Appellationssumme, mit möglichster Deutlichkeit sich auszudrücken. So scheint z. B. der im Art. 51. in der „Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei Land und Stadtgerichten [30])" gebrauchte Ausdruck: „daß der zur Berufung gebrachte Gegen-

---

29) Gönner Erört. N. 37.

30) P. J. Floret Motive zu dem Gesetzbuche über das Verfahren im bürgerl. Rechtsſ. Darmstadt 1818. Heft I. S. 126.

ſtand der Klage .... den Werth von Fünfzig Gulden errei-chen ſolle," nicht beſtimmt genug, denn darnach müßte man annehmen, daß der Gegenſtand der Klage, nicht der Gegen-ſtand der Beſchwerde entſcheide; und gleichwohl iſt nach Art. 98. über die „Ordnung des Verf. bei Mittelgerichten [31]," das Letztere der Fall. Eben ſo wenig kann man aus dem angef. Art. 51. diejenigen Beſtimmungen entnehmen, welche nach Abſatz 5. und 6. der Motive [32], als ſich von ſelbſt ver-ſtehend, angenommen ſind. Ohne Anleitung der Motive wür-de man eher das Gegentheil annehmen. Sehr beſtimmt drückt ſich die preuß. Gerichtsordnung aus [33].

XII.

Ueber die Verpfändung einer fremden Sache.

Von Herrn Meyer in Stuttgart *).

Man war bisher gewohnt, die Lehre von der Verpfändung einer fremden Sache auf eine Weiſe vorzuſtellen, womit ſich viele Geſetze nicht vereinigen, und wobei ſich manche gar nicht erklären ließen. Es dürfte daher ſchon der Mühe werth er-ſcheinen, die Sache noch einmal vorzunehmen.

I.

Die Verpfändung einer fremden Sache, welche weder ausdrücklich auf den Fall des Erwerbs bedingt wird, noch ſtill-

---

31) Floret a. a. O. H. II. S. 128.

32) Floret a. a. O. H. I. S. 128.

33) Preuß. A. G. O. I. 14. §. 3. f. und Anhang vom 4. Febr. 1815. §. 108. f. Ueber andere Geſetze ſ. Mittermaier d. g. d. b. Proz. Beitr. III. S. 24. f. und daſ. die Noten.

*) Der Verfaſſer hat ſich durch Herausgabe ſeines Commentars des neuen Würtemb. Pfandgeſetzes Stutgard 1825 als einen ſcharf-ſinnigen Juriſten legitimirt. Note der Redaktion.